

J.C. Fernández Rozas, “Discriminación no justificada basada en el sexo: el caso de la lactante autónoma ante el Tribunal de Justicia”, *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (Diario), nº 7499, 2010. ISSN 1138-9907.

Discriminación no justificada basada en el sexo: el caso de la lactante autónoma ante el Tribunal de Justicia

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Complutense de Madrid

En el sistema español quedaban algunos supuestos de discriminación no justificada basada en el sexo como el caso de la lactante autónoma en lo que los órganos judiciales no tutelaron debidamente el derecho fundamental de la trabajadora manteniendo injustificados obstáculos para la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar. O, paralelamente, como una discriminación del varón, que materialmente se convierte en una discriminación de la propia mujer, ya que al no consolidarse el principio de igualdad en el disfrute del permiso de trabajo, se erige en un factor de alejamiento de la mujer del mercado de trabajo, sin que contribuya a su emancipación de las tareas domésticas (STC 3/1993, F.j. 3.), Por eso es importante la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 30 de septiembre de 2010 al resolver a una situación que en el momento de producirse los hechos, establecía una discriminación no justificada basada en el sexo. Una situación según la cual el padre trabajador por cuenta ajena sólo podía disfrutar de ese permiso en lugar de la madre de su hijo si ésta era trabajadora por cuenta ajena.

I. CONSOLIDACIÓN DEL RÉGIMEN DE LACTANCIA

1. Dentro del reconocimiento de los derechos laborales de las mujeres hace mucho tiempo que la OIT se ha ocupado del régimen de la lactancia. Ya el primer Convenio sobre protección a la maternidad, el nº 3 de 1919 como el nº 103 de 1952 regularon la cuestión. El art. 3 d) del Convenio nº 3, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto, reconoció el derecho de la mujer “Si amamanta a su hijo, a dos

descansos de media hora para permitir la lactancia” y el Convenio nº 103, que no es sino una revisión del anterior, estableció en su art. 5 que “si una mujer lacta a su hijo estará autorizada para interrumpir su trabajo para este fin durante uno o varios períodos, cuya duración será determinada por la legislación nacional”, indicando también que estos permisos contarán como horas de trabajo y deberán ser retribuidos. Les siguió el Convenio nº 183, aprobado el 15 de junio del 2000, en la 88ª. Reunión de la OIT que determinó que la mujer tiene derecho a una o varias interrupciones por día o a una reducción diaria del tiempo de trabajo para la lactancia de su hija o hijo. Estas interrupciones para la lactancia o la reducción diaria del tiempo de trabajo deben contabilizarse como tiempo de trabajo y remunerarse en consecuencia y no se puede descontar ni reducir el salario de las madres lactantes. España no es parte de este último instrumento pues su contenido se encuentra ampliamente mejorado y superado por la legislación española¹. El Derecho de la Unión Europea se ocupó de esta cuestión en la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, considerando que ésta debía incluirse en un grupo expuesto a riesgos especialmente sensibles. Y también formó parte integrante del sistema general previsto en la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, que fue modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, y derogada por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)².

Nuestras normas han contemplado un permiso de la madre trabajadora que amamantase personalmente a su hijo a fin de facilitar su alimentación³. Los sucesivos preceptos que se han ocupado de la materia (art. 168 LCT, art. 25.2º LRL, art. 37.4º ET y Ley 3/1989), han ido ampliando el ámbito de aplicación del permiso, incluyendo modos diversos de alimentación y derivadamente de ello, ampliando también los sujetos que pueden solicitarlo. Y ello pese a que en algunos casos se ha cuestionado su

¹ Vid. P. Núñez-Cortés Contreras, *La licencia por maternidad de la trabajadora*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 52 ss.

² La Directiva reiteró el principio establecido en el art. 141, ap. 4 TCE [art. 157 TFCE], en el que se establece que “con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”. Asimismo, incluyó las disposiciones de la Directiva 2002/73/CE sobre el refuerzo de la protección de las trabajadoras en permiso de maternidad y sobre la protección de los progenitores en permiso de paternidad o de adopción en el caso de los Estados miembros que reconocen tales derechos. Por último, precisó la relación existente con la Directiva 92/85/CEE.

³ M.J. Espuny Tomás, “Los antecedentes históricos al permiso de lactancia”, *IUSLabor*, 2/2006, <http://www.upf.edu/iuslabor/022006/Historia.MJEspuny.pdf>.

constitucionalidad, como en el caso del art. 37.4º ET, por vulnerar el los arts. 14 y 35 CE, que, sin embargo, no fue apreciada por el Tribunal Constitucional⁴.

Aunque referida a los “partos múltiples”, la Sentencia TCT de 18 de junio de 1985 había tenido el mérito de establecer que, habida cuenta de que la lactancia debe protegerse como derecho esencial, no sólo era conforme al espíritu y finalidad de la normativa española y a la realidad social sino que no debía limitarse en su extensión. Con posterioridad la STC 3/2007, de 15 de enero tuvo el mérito de reagrupar la jurisprudencia constitucional anterior y de afianzar el referido postulado debían adoptarse “todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE)”, y que éste debería “prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa”⁵.

2. Seguían quedando situaciones discriminatorias como el caso de la lactante autónoma donde los órganos judiciales no tutelaron debidamente judicial el derecho fundamental de la trabajadora manteniendo injustificados obstáculos para la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar. Baste atender a una Sentencia del TSJ Navarra nº 154/2008, de 24 de junio que denegó a las empresarias autónomas la posibilidad de conciliar familia y trabajo, salvo que existiese algún convenio colectivo que regulase la ausencia de norma. Más concretamente, una madre que trabajase por cuenta propia no podía renunciar a un derecho del que no disponía, pues ni la Ley de Igualdad ni el Estatuto del Trabajador Autónomo, ambos aprobados en 2007, permitían cambiar de criterio y ceder al padre trabajador el permiso por lactancia de su mujer autónoma. Para el Tribunal, a pesar de las declaraciones de intenciones de las disposiciones citadas, lo cierto es que “las trabajadoras autónomas siguen sin tener reconocido este permiso, a pesar de que (...) su estatuto les reconoce el derecho a conciliar su actividad profesional con la vida personal y familiar”. La única opción que les quedaba a las parejas que se encontrasen en esta situación era que un convenio colectivo les concediese este derecho. La propia sentencia recordaba el caso en el que, merced a que el pacto colectivo lo preveía, una mujer autónoma pudo ceder su derecho a su marido para el cuidado de su hijo.

3. Debe recordarse que el Juzgado de lo Social nº 2 de Valladolid reconoció a finales del año 2007 a un padre, empleado de Telefónica en esta provincia, su derecho al disfrute de la hora de lactancia hasta que el menor tuviese nueve meses, tras la demanda presentada a través de la asesoría jurídica del sindicato CGT. La dirección de Telefónica

⁴ STC 109/1993, de 25 de marzo y comentarios de M.B. Cardona Rubert y M. Tarabini-Castellani Aznar, “Permiso de lactancia: ¿Discriminación por razón de sexo o medida de acción positiva? Comentarios a la STC 109/1993, de 25 de marzo”, *Tribunal Social. Revista de seguridad social y laboral*, nº 37, 1994, pp. 26-34.

⁵ J. Suay Rincón, “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor García de Enterría*, t. II, *De los derechos y deberes fundamentales*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 837-892.

negó este permiso al trabajador, alegando que él no tenía derecho al disfrute de la hora de lactancia por ser la madre del bebé autónoma. Desde CGT se defendía que, con independencia del tipo de contrato, el permiso es para el cuidado del bebé. También debe recordarse que a partir de la entrada en vigor de la LO 3/2007 de 22 de marzo, la mujer, por su libre voluntad, puede acumular el permiso de lactancia en jornadas completas de trabajo, en los términos previstos en la negociación colectiva o de acuerdo con la empresa. Ello está en directa relación con el permiso de maternidad en el sentido de incrementar el tiempo de disfrute del derecho de lactancia para los casos de parto múltiple. Así, en caso de alumbramiento de gemelos el permiso alcanzará dos horas –o, debe entenderse, una reducción de la jornada en una hora-. Ahora bien, como el precepto no hace referencia a la paternidad o maternidad adoptivas, surge la duda de si el mismo incremento proporcional debe producirse en el caso de adopción –o acogimiento preadoptivo o permanente, sean o no de carácter provisional-. Desde luego, una interpretación acorde con los principios constitucionales exige pronunciarse por la tesis de la equiparación de derechos, pues lo contrario implicaría sin duda una discriminación indirecta por razón de filiación para quienes no fueran hijos naturales, ya que a sus padres o madres se les denegaría un derecho que sí se les concedería a los biológicos.

Esto permite a las mujeres ampliar su baja maternal acumulando la hora de ausencia diaria de permiso por lactancia y durante la solicitud o disfrute de este permiso, el trabajador no puede ser despedido, pues en tal caso el despido es declarado nulo, salvo que se demuestre su procedencia por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho. Según Sentencia del TSJ de Canarias 24/5/91, y nueva redacción art. 37.4º ET, en caso de parto múltiple se tiene derecho a un permiso de lactancia por cada hijo.

2. EL CASO DEL CONVENIO COLECTIVO DE ALDEASA

4. El caso del convenio colectivo de la empresa Aldeasa, S.A. para los años 2003-2006 planteó resuelto por la STS 20 de junio de 2005 es sumamente ilustrativo de la cuestión que estamos examinando. De conformidad con el art. 41.d de dicho convenio “Las horas establecidas como permiso para la lactancia podrán acumularse mediante disfrute de una mes de permiso retribuido, o la proporción que corresponda en función del período de alta de la madre con posterioridad al parto, hasta que el hijo cumpla nueve meses”. Y esta posibilidad acumulativa había sido utilizada por la mayoría de trabajadoras que han ejercitado ese derecho desde el año 1995. Pues bien, el 22 de diciembre de 2003 la Dirección General de Trabajo formuló demanda de impugnación de convenio por entender que conculcaba la legalidad vigente. La Audiencia Nacional, mediante sentencia de 29 de marzo de 2004, desestimó la demanda y declara conforme a Derecho el precepto controvertido y ante esta situación a demandante presenta recurso de casación argumentando, al amparo del art. 205.e TRLPL, la infracción de los art. 37.4º TRLET y 3.1º del Código Civil, al entender que el convenio colectivo “lejos de mejorar la prestación de la relación laboral suponía “una conculcación de un bien jurídico protegido diferente, cual es la atención y cuidado de los hijos menores de nueve

meses”. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación afirmando con absoluta rotundidad que el precepto convencional cuestionado fijaba “una facultad otorgada al progenitor que no supone renuncia a derecho alguno y que no se opone, sino que cumple con la finalidad prevista por los artículos 37.4º y 37.5º del ET ”. Y, entre otros argumentos se centró en la necesidad de interpretar las leyes según “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”, en cumplimiento del art. 3.1º del Código Civil⁶.

5. De ahí la importancia de la presente decisión el TJ, pues da respuesta puntual a una situación que en el momento de producirse los hechos, establecía una discriminación no justificada basada en el sexo. Una situación según la cual el padre trabajador por cuenta ajena sólo podía disfrutar de ese permiso en lugar de la madre de su hijo si ésta era trabajadora por cuenta ajena. No en vano, uno de los instrumentos para conseguir con plenitud las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras descansa en que los derechos sean ejercitados indistintamente y en las mismas condiciones por trabajadores y trabajadoras⁷.

Este fallo resuelve una cuestión prejudicial suscitada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en torno a la redacción del art. 37, ap. 4 ET en el momento de interponerse la demanda que motivó el presente asunto (la LO 3/2007, de 22 de marzo lo modificaría sustancialmente). Dicho precepto preveía la concesión de un permiso “de lactancia”; en los siguientes términos, “(l)as trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad”.

El permiso se estableció en 1990 con el objetivo de facilitar la lactancia por parte de la madre; no obstante podía ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen. Este permiso autoriza la ausencia del trabajo durante una hora, que se puede dividir en dos fracciones (dos medias horas) o una reducción de la jornada en media hora. Está expresamente previsto que este permiso puede ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen. Los tribunales españoles interpretan que disfrutar la hora de ausencia al comienzo o final de la jornada

⁶ X. Solà i Monells, “Acumulación del permiso de lactancia con fundamento en previsión convencional. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2005”, *IUSLabor*, 1/2006. En una dirección similar refiriéndose al Pacto entre la Administración Sanitaria de la Comunidad Autónoma de Canarias y las Organizaciones sindicales en el Sector, sobre permisos, licencias y vacaciones, de 9 marzo 1998, la STSJ Canarias de 22 de septiembre de 2003 considero que el apartado regulador de la lactancia debía diferenciarse de lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores, “sin distinción entre padre o madre, es decir, a los dos progenitores por igual. Su consecuencia es la compatibilidad de su disfrute por el padre mientras la madre, a su vez, disfrute del descanso por parto, e, inclusive, aunque la madre no tuviera trabajo remunerado, posibilitando de este modo, la coparticipación de los hombre en el cuidado de sus hijos desde el mismo momento de su nacimiento o de su incorporación a la familia”. *Vid.* S. Rodríguez Escanciano, “Permiso por lactancia: dificultades para el disfrute paterno (Comentario a la STSJ de Canarias / Las Palmas de 22 de septiembre de 2003)”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: recursos humanos*, nº 255, 2004, pp. 3-20.

⁷ A.M. de la Puebla Pinilla, “La titularidad del permiso de lactancia: razón y voluntad en la interpretación judicial del derecho”, *Diario LA LEY*, nº 6875, 2008.

supone una reducción de jornada y no implica pérdida de retribuciones de los trabajadores que se acojan a dicho beneficio. Debe recordarse que la STS 9 de diciembre de 2009 ya había afirmado que la naturaleza y finalidad de la citada ausencia o reducción de jornada debía de interpretarse a la luz de la Ley 39/1999, de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar, que permite que hombres y mujeres puedan acogerse al beneficio controvertido, concluyendo, que el hecho de que ni el Estatuto ni, en este caso, el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes, regulen la retribución del permiso de lactancia, no implicaba que el disfrute del derecho pudiese suponer pérdida económica. El permiso puede ser indistintamente disfrutado por el padre o madre si ambos trabajan, pero no puede ser disfrutado simultáneamente por ambos.

En el caso de separación matrimonial los Tribunales se han pronunciado en el sentido de que solo puede darse a quien tenga la custodia o guarda legal del menor, y no el otro cónyuge (STSJ de Cataluña 3 de febrero de 1999).

En ese supuesto el permiso reconocido es de reducción de su jornada en media hora. En el caso que el convenio colectivo de aplicación a la trabajadora equipare la reducción de jornada por lactancia con la ausencia, si es posible poder disfrutar el permiso de ausencia al comienzo o final de la jornada. El permiso será permiso retribuido por el empresario tanto en el supuesto de una hora de ausencia como reducción de jornada en media hora.

Y, en otro orden de cosas, debe tenerse en cuenta que el límite temporal de la lactancia viene marcado por la edad del lactante. De ahí que, salvo mejora en convenio colectivo, el mes de vacaciones puede ser imputado proporcionalmente a las jornadas completas a que tiene derecho la persona que se acoge al permiso por lactancia, pero sólo cuando el calendario de vacaciones produce como consecuencia que éstas coincidan necesariamente con el período en el cual el lactante tiene de cero a nueve meses de edad.

III. EL ASUNTO ROCA ÁLVAREZ

6. El asunto en cuestión fue promovido por un trabajador por cuenta ajena al serle denegada su solicitud para obtener el permiso de lactancia debido a que la madre de su hijo no era trabajadora por cuenta ajena sino por cuenta propia. En consecuencia, interpuso una demanda contra la decisión de su empresario que llegó hasta el TSJ de Galicia que, ante la evolución de la normativa y la jurisprudencia tendente a desvincular el referido permiso del hecho biológico de la lactancia y considerarlo como un mero tiempo de cuidado en favor del hijo decidió preguntar al TJE tal permiso debería concederse tanto a los hombres como a las mujeres, y si el hecho de reservarlo a las mujeres trabajadoras por cuenta ajena y a los padres de sus hijos era una medida discriminatoria contraria al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres reconocido por el Derecho de la Unión Europea (Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, y

derogada por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación .

La Sentencia que resuelve el interrogante entiende que el Derecho de la Unión se opone a una medida nacional que preveía una medida como la regulada en el art. 37.4º ETC pues ese permiso, al tener como efecto modificar los horarios de trabajo, afectaba las condiciones de trabajo regidas por las Directivas que prohíben toda discriminación basada en el sexo. Entiende el TJ que las situaciones de dos trabajadores, respectivamente padre y madre de niños de corta edad, son comparables en relación con la necesidad de reducir su tiempo de trabajo diario para cuidar de su hijo, consecuentemente el precepto citado implicaba una diferencia de trato por razón de sexo entre las madres y los padres que tienen la misma condición de trabajador por cuenta ajena y que dicha discriminación no podía justificarse en objetivos de protección de la mujer ni por la promoción de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Añade la sentencia que el hecho de que sólo la madre trabajadora por cuenta ajena pueda disfrutar de la baja por lactancia podría contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones, al mantener a los hombres en una posición subsidiaria respecto al ejercicio de su función parental. Asimismo, puede obligar a la madre a limitar su actividad profesional. El hecho de que el permiso pueda disfrutarse indistintamente por el padre o por la madre implica que tanto el padre como la madre pueden asumir la alimentación y el tiempo de cuidado del hijo, de modo que ese permiso se concede a los trabajadores y trabajadoras por su condición de progenitores del niño.